3-7

10



POR PROSPERO VSO DE MAR, VEzino y Regidor de la ciudad de Murcia.

En el pleyto

CON EL CAPITAN Geronimo de Torres Ayllon, vezino de Granada.

En Granada, en casa de Francisco Heylan, Impressor de la Real Chancilleria. Año de 1631.



L ABOGADO contrario siendo como es tan docto y tan modesto, ha incurrido en menos ajustamiento de lo que cōuenia cerca de la persona, virtud, calidad y verdad de vn cauallero tā conocido como Prospero Vso de Mar, y ha incurrido assimismo en la censura del cap. 2. lib. 2. Machabeorum, in fin. dicens: *Stultum est ante historiam effluere, & stultum est in ipsa historia subcingi*; sic aduertit Dom. Alphonsus Perez de Lara meus pater, in compendio vitæ hominis, cap. 1. num 1. & 2.

Haze pues larga proposicion del hecho, y quādo llega a la demanda sobre que es el pleyto, pretendiendo el Capitan Ayllon que ha sido engañado en el otorgamiento de la escritura de transacion, lo passa tan sucintamente, que sin mencionar esta demanda haze la diuision de los articulos; y en la quinta euidencia arguye de conuencimiēto de mendacio a esta parte, y sus testigos, sin causa, mas que dezirlo. Y en el fol. 8. en el principio, toca en vn pleyto en que esta parte está absuelto, y sin ser del que se litiga haze distincion de si la absolucion fue libre, o de la instancia; y en la misma oja increpa los embustes de su parte; y que estan articulados y prouados, llamandolos nuestros, pudiendo aduertir, que *non est aduocatorum propone iniurias, sed defendere causas, aliàs, aduocatus tenetur: actione iniuriarum* Farinacius, quęst. 105. num. 233. Barbosa, in remisionibus Doctorum, lib. 3. tit. 21. §. 4. num. 6. fol. 274.

El Consulto en la l. si ex plagijs, §. in cliuo capitolino, ff. ad leg. Achil. dize, que el derecho nace del hecho, ajustarle a su modo el Abogado cōtrario siendo comun a los litigantes, es cosa que si a mi se me permitiera no perdiera ningun pleyto. Y en el folio quarto se vale de dos cosas que no ay en el pleyto. La vna es dezir, que el

escriua-

eſcriuano ante quien ſe otorgò el cenſo de los dos mil ducados, y Gil de Vallejo ſu eſcriuiente, Saluador Gutierrez, y Pedro Fernandez, declararõ auerſe hallado preſentes a la eſcritura, y viſto contar el dinero en plata doble, que aun no lo dize la eſcritura, ſino en plata, eſcudos y doblones de oro, y no dize la eſcritura, ni ay fee de que ſe cõtaſſe el dinero. Y la otra es valerſe de lo que dize ſe contenia en el memorial de los Relatores Salgado y Ortega; ſin auer tal memorial en el pleyto, ni quando la huuiera ſer de ſuſtancia.

Con lo qual por mas que ſe procure diuertir la inteligencia del hecho, aunque no houiera el ſagrado de la gran vigilancia de V.m. y eſtos ſeñores, ni el cuydado que profeſſamos poner en ajuſtarle, y a el la aplicaciõ del derecho, el miſmo pleyto eſtà deſcubriendo la verdad de Proſpero Vſo de Mar, y ſu clara juſticia: porque ſi verdaderamente ſe conſtituia el cenſo de los dos mil ducados, y eſto procedia de dinero de contado, y eſte dinero lo tenia Geronimo de Torres Aylton, y era ſuyo, y deuido por coſas licitas, y le queria dar a cenſo, ſin q̃ huuieran precedido los tratos de ſolicitud, las promeſas injuſtas, ſi no por la miſma ſolicitud, por la demaſiada taſſa, para que tanta multiplicidad de eſcrituras, porque no examinaua quien daua vn cenſo tan grande, y en tan bello dinero, la ſeguridad de las hipotecas, y las cargas que eſtas tuuieſſen ſi eſte dinero era heredado, q̃ es dudoſo; pues ay teſtigo en el pleyto que depone de la confiſcacion de todos los bienes de ſu padre de los actores, poco auia que venir a ſolicitar a Granada, ni dexar la patria amable, y otras comodidades.

Si eſto era ſolicitud ylicita, y no pacto reprouado, o por cotalitis, o por interes exceſsiuo, ad diſtintionem Cornei in l. ſi quis aduocatorum, nu. 2. C. de poſthulando, & l. 14. tit. 6. partit. 3. & quę tradit Azeued. l. 7. tit. 16. lib. 2. recopilation. num. 5. & l. 8.

& l. 8. eodem titu. & lib. num. 1. & 2. cum ſeqq. Peregrin. de iure fiſci, tit. 7. num. 16. lib. 4. Menoch. caſu 522. Gratianus, deciſi. 218. vbi additio.

Para que era meneſter primera eſcritura de dos de Abril de 1591. de recebir Ayllon por venir a Granada a los pleytos de Proſpero Vſo de Mar mil y quinientos ducados por dos años, ochocientos reales para mudar la caſa, y vn ducado cada dia de los que ſolicitaſſe los pleytos: y ſi eſto era juſto y deuido, y no le eſcaruara a Ayllon la conciencia en promeſa tan exceſsiua, y hecha por Proſpero por redimir ſu bexacion, que nueuas ſedas tenia Ayllon, o que teſtigos las vieron, y que empleos de azucar queria hazer para deſde dos de Abril del año de 1591. haſta veynte y quatro de Iulio del miſmo año, que no ſon quatro meſes, tener mil y ſeyſcientos y cinquenta ducados que preſtar a Proſpero.

Nº. 2. Y como ſiendo lo veroſimil lo q̃ mas mueue en los actos humanos, ex cap. quia veroſimile, de præſumptionibus, & ex his quæ tradit Oldraldus, conſ. 13. Baldus, conſ. 180. lib. 3. Zeuallos, tom. 5. queſt. 12. â num. 19. y por el contrario lo no veroſimil, *habet imaginem falſitatis,* l. Mebius, de legat. 2. Baldus, l. 1. colum. 3. C. de ſeruis fugitiuis, & quæ latè tradit Barboſa, axioma 223. como ſe puede llegar a la veroſimilitud ni preſuncion della, que quien venia a ſolicitar con vn ſalario de vn ducado pleytos de Proſpero Vſo de Mar, le preſtaſſe a el miſmo mil y ſeyſcientos y cinquenta ducados: y ſi trataua en ſeda, y auia de emplear en azucar, cõ tãtas ocupaciones extrinſecas mal ſolicitaria los pleytos, que han meneſter todos los ſentidos, y todo el dia.

Quitemos, ſeñor, el reuozo, y digamos con el Conſulto en la l. final, §. final, ff. ad municipalem, *ex ipſis factis probationem ſumi oportere,* l. de quibus, de legibus: ellos pues manifieſtan que la primera eſcritura fue ſolicitud, la ſegũda de veynte y quatro

de Iu-

de Iulio de 591. de querer encubrir aquella solicitud, para no dexar descubierta codicia tan grande, y ocasion a los superiores de refrenarla; y para que se disimulasse en algo se añadieron ciento y cinquenta ducados a la promesa, mas solicitada que para solicitador. Y digamos tambien, que la tercera escritura de los dos mil ducados de censo fue para mayor cautela, y pareciendole que las primeras escrituras descubrian lo que eran; y aunque dellas estaua otorgada carta de pago en el fin de las dichas escrituras por el Iuan de Ayllon, en cuyo fauor eran, son de la letra del mismo, y que no las puso en las dichas escrituras hasta que otorgó Prospero Vso de Marla de censo en seys de Diziembre de mil y quiniẽtos y nouẽta y dos; y q̃ en esta escritura se contengan los dichos 1U500. ducados de la solicitud, y que se otorgasse por causa dellos, no ay cosa en este pleyto que no lo haga persuadir, y por todas las prouanças hechas en el, que se siguio en la Sala del crimen sobre el estelionato; se prueua y resulta assimismo *de la demanda que esta parte puso a la contraria en virtud de la reserua en veynte y tres de Febrero de 1598.* refiriendo este hecho, y pretendiendo q̃ se auia de declarar por nula y vsuraria la dicha escritura de censo, que aunque no se siguio por Prospero Vso de Mar, *despues de auerla notificado* (cansado de pleytos, con Iuan de Ayllon, y tuuo por menos inconueniente pagar reditos de lo que no deuia, q̃ litigar con quien no auiendo solicitado los suyos le auia bexado con tan largos) tenia tiempo de poderla seguir, *y trataua dello quando se hizo la transacion*: de forma que siendo esto la verdad del pleyto, y que por librarse del justo que podia proseguir Prospero Vso de Mar para nulidad del dicho cẽso, se otorgó la dicha transacion, contra ella, por via de dolo y de engaño ha reclamado aquella parte. Y para que conste de la clara justicia desta, y que sea absuelto, se fundarán dos articulos. En

el pri-

el primero se prouarà, que la dicha escritura de censo fue fingida y simulada, y que en el pleyto criminal no quedaron vencidas ni juzgadas las excepciones y defensas desta parte, para tratar de la dicha nulidad y simulacion, sino expressamente todas reseruadas. En el segundo se prouarà, que la dicha transacion fue y es valida, y que ni en ella interuino dolo que diesse causa al contrato, ni está prouada lesion bastante para deshazerla, sino antes vtilidad muy conocida de la parte contraria.

Primus Articulus.

1 ESta parte tiene mucha prouança de que estas escrituras fueron en confiança, y que procedieron de los dichos dineros de solicitud, como consta del pleyto, Pieç. 3. fol. 22. 59. y 73. en que ha hecho presentacion de las prouanças que hizo en el pleyto criminal que se siguio con Iuan de Ayllon ante los Alcaldes desta Corte, los quales no han menester estar ratificadas en este juyzio, pues en aquel fueron prouanças plenarias, *& acta facta in vno iudicio inter easdem personas probant in alio*, text. in cap. final, de exceptionibus, lib. 6. & in capatat si Clerici, vbi DD. & ibi Felin. nu. 4. Decius, nu. 90. Abbas 10. de iudicijs, Valascus, consultat. 65. Farinacius, in fragmentis, litera A. num. 17. ad nu. 23. y en terminos de juyzio ciuil y criminal Zeuallos, quæst. 487. num. final; y en testigos examinados en todos juyzios entre vnas mismas personas resoluit Vincentius de Franchis, decisi. 345. vbi nouissimè Amendo, & cæteri addicionatores, Parladorius, lib. 2. cap. 9. num. 9. vbi, que procede sin dificultad quando se haze reproduccion de prouãças, Salgado, de Regia protectione, part. 3. cap. 9. num. 241.

2 ¶ Asimismo se vale esta parte, demas del hecho del pleyto ponderado en la relacion y prohemio deste papel, de la informacion sumaria que hizo como en fuerça de protesta, Pieça 3. folio 3. ante la justicia desta ciudad en veynte y tres de Nouiembre de 592. diez y ocho dias antes que se otorgasse el censo, por la qual se descubre la causa que huuo para otorgarse el dicho censo: y en esta materia de prouar simulacion las conjeturas, y qualquiera modo de prouança irregular es bastante, y podemos dezir que singula, *quæ non prorsunt simul collecta iuuant*, Fontanel. de pactis nuptialibus, tom. 2. clausul. 5. gloss. 5. num. 70. Ioseph. Ramon, cons. 22. num. 21. Gratianus, tom. 3. cap. 571. nu. 50. ibi: *Quæ coniecturæ licèt fortè per se considerate patiãtur aliquam difficultatem, tamen negari non potest, quod simul iunctæ non coadiuuent.* Y esto procede mas sin duda quando la simulacion que se pretende contra el contrato fuit in fraudem vsurarũ (prout in hoc casu) túnc enim plenissimé probatur per testes singulares, & per præsumptiones, & coniecturas, Paz, in praxi, tom, 1. part. 8. cap. vnico, num. 27. & 28. Crauet. cons. 73. nu. 32. Parisi. cons. 57. nu. 46. volum. 1. plenissimè Farinac. de simulat. & falsit. quęst. 162. num. 95. & num. 100. & alijs seqq.

3 ¶ Lo tercero, porque no se con que razon, ni aun siquiera aparente, puede el Abogado contrario tratar de fundar en su papel, fol. 8. en el fin y fol. 9. en el principio, de que a esta parte en razon destas excepciones le obsta excepcion de cosa juzgada, aplicando para ello la l. cum quæritur, cum seqq. ff. de exceptione rei iudicatæ: porque demas que para que las excepciones queden vencidas es necessario que interuenga conocimiento plenario sobre la excepciõ, y no por incidente, vt per gloss. in cap. suborta, de re iudicata, & alia iura tradit Barbosa, l. diuortio, §. final, part. 2. á num. 55. ff. soluto matrimonio, & à num. 19. & in l. maritum 13. à

nu. 48.

nu.48. eo titulo, Marescotus, lib. 2. resolut. cap. 121. num. 46. Stephanus Gratianus, tom. 3. cap. 445. à num. 6. cum sequentibus, & num. 13. Alexander Ludouisius, decisi. 535. à nu. 18. ex Bart. in l. 1. nu. 3. C. de ordin. iudic. Anton. Gabr. lib. 2. tit. de except. conclusi. 2. num. 6. tom. 3. Couarr. practicar. cap. 24. num. 8. Ioseph. de Sese, de inhib. cap. 2. §. 3. num. 12. esto no es dudable, que no quedan vécidas las excepciones quando se reserua a la parte el derecho, vt in terminis resoluit Vincentius de Franchis, decisi. 289. per totam, & latissimè distinguit D. Castillo, tom. 5. cap. 104. nu. 34. ad nu. 41. y en nuestro caso la reserua no solo es de las que generalmente se hazen, y de que se suele dezir que no dá ni quita derecho, Gratianus, 3. tom. ca. 456. num. 28. & 53. & cap. 470. num. 8. & cap. 722. nu. 35. tom. 4. sino que expressamente dixeron los Alcaldes por su sentencia, que reseruauan el derecho a Prospero Vso de Mar, *en razon de las excepciones opuestas*, & sic, podemos dezir lo que el Consulto en l. si ex testamento 20. ff. de exceptione rei iudicatę, ibi: *Quod nec actor petere putasset, nec iudex in iuditio sensisset*, l. si cum argentum, eodem tit. ibi: *Quia neque litigatores, neque iudex de alio, quam de argento actum intelligant*, & est text. in l. ex stipulatione 7. C. de sententijs, ibi: *Nec vos omnis iudicis iudicati continet anthoritatem, cum potestas sententiæ certis finibus concludit sæpé constitutum sit*; y no se dize juzgado, ni puedelo, q̃ como està referido integre, non est decisum Gratianus, tom. 2. cap. 266. à num. 3. y que expressamente està reseruado, porque la reserua en lo que contiene presupone no auer determinacion, y sin ella y conocimiento especial no puede auer cosa juzgada, Simon de Præt. consi. 107. centur. 2. n. 12. ibi: *Nota quod iudex, vt dicatur cognouisse de incidenti, & de eo iterum expedienti obstet exceptio rei indicatæ necesse est constare iudicem de eo speciatim, & nominatim cognouisse, & reiecisse*: y es sin duda que la reserua conserua

n.º 6.

ſerua indemne el derecho ò action, vt poſtea poſſit de ea diſcuti, l. ſi in venditione, §. certum, ff. comm. pręd. cap. dudum el 2. in fin. de elect. cap. ſi gratioſe, in fine, de reſcript. in 6. Crauet. conſ. 15. num. 2. & conſ. 127. num. 7. Burg. de Paz, conſ. 2. num. 52. Ioan. Gut. lib. 3. pract. quęſt. 19. num. 7. y ſi los Iuezes que determinaron aquel pleyto criminal tuuieran por vencido eſte derecho, no lo reſeruaran, pues no ſe pudiera deduzir, ni la reſerua ſiruiera de nada, cum fruſtra ſit potentia, quæ nō poteſt reduci ad actum: y el eſtilo nos mueſtra, q̃ nunca en eſte Tribunal ſe haze reſerua, ſi no es quādo ſe conoce que la perſona a quien ſe haze tiene derecho para pedir, y no eſtá vencido en el, y lo demas fuera dar ocaſion a pleytos fruſtratorios, quod iura abhorrent. dum præcipiunt lites reſtringi potius quã laxari, l. ſingulis, ff. de except. rei iud. cap. non vlli, §. ſunt & alij, de reſcript. cum alijs ſimilibus.

4 ¶ Lo quarto, como eſtà ponderado en la expoſicion del hecho, el eſcriuano no dà fee que ſe contaſſe el dinero, y aunque ex communi ſtilo, baſta que los contrayentes aſienten que ſe contó, vt tradit Bernardus Diaz de Lugo, regul. 492. Gratian Falconi, regul. 185. en materia de cenſos, conforme al motu, como ha de auer dinero de preſente, y de verdadera deuda, vt eleganter reſoluit Rodriguez, lib. 1. de redditibus, quæſt. 4. à nu. 28. vſque ad 34. el contarſe es preciſo, y que lo ſobre, que el cenſo ſe conſtituye ſit vere debitum, vt latè reſoluit Auendañ. de cenſibus, cap. 38. Gribellus, deciſi. 103. per totam, Ludouic. Lop. in inſtruct. negoc. cap. 59. num. 1. & cap. 56. verſ. *Ad quartum argumentum*, Felic. de cenſib. 1. tom. lib. 1. cap. 8. à nu. 11. & 12. & lib. 2. cap. 5. nu. 57. & latius, 2. tom. lib. 1. cap. 8. num. 6. & num. 9. y aunque ſobre ſi es neceſſario que la ſuerte principal del cenſo interuenga en dinero de contado, o baſta que aliter ſea la

cantidad deuida, ha auido diuersas opiniones; es verdadera y comun la que defiende, que deue interuenir en dinero de contado, conforme a los extrauagantes y motus proprios; pero quando se huuiesse de seguir la otra opinion, todos los Autores de ambas conuienen, en que el censo no se puede constituyr sin que interuenga suerte real y verdadera, y precio justo, ora proceda de dinero, ora de deuda verdaderamente deuida; y en quanto a esto estan recebidas en España las estrauagantes y motus proprios, ex expressa l. Regia, que est 8. tit. 15 lib. 5. recopilac. & ita resoluit Auédaño, de censib. cap. 36. per tot. conforme a lo qual no puede ser valida ni legitima la imposicion deste censo: porque con lo que resulta de las escrituras de asignaciones de salario y promesas que procedieron por razon de la solicitud del pleyto; y con la prouança que ay de que solo se hizo apariencia del dinero, y esto con ficcion, poniendo plata y oro sobre los talegos de moneda de bellon; y que luego se los boluio a lleuar Iuan de Ayllon: y con las presunciones euidentes que nazen de todo el hecho no se puede defender ni persuadir a ningun juyzio ni conciencia temerosa, que aqui huuo suerte verdadera de censo, porque las escrituras primeras no lo pueden ser, y el entrego ó presencia del dinero al tiempo de la imposicion tan poco, porque no lo lleuò Próspero Vso de Mar, ni quedó en su poder si no solo dozientos ducados, y quien se lo lleuó fue el dicho Geronimo de Ayllon, y todo fue vna inuencion y simulacion, la qual en esta circunstancia, como en todo lo demas, se prueua con solas presunciones, vt docet Bart. in l. singularia, nu. 24. ff. si certum petatur. Donde resuelue, que el juzgarse quando despues de hecho el contrato cõ interuencion de dinero se lo buelue a lleuar el acreedor, si es simulacion precedente, o nueua volũtad o liberalidad del deudor, dependet ex præsumptione.

tione. *Et sic ad præsumptiones, & inditia est recurrendũ* (vt inquit Bart.) Y con este presupuesto no es creyble que Prospero Vso de Mar auia de consentir q̃ siendo suyo el precio y suerte del censo, y en tan gran suma, se la boluiesse luego a lleuar Geronimo de Ayllon, sino huuiera sido como fue todo aquel contrato hecho con la simulacion, y por la causa ilicita e injusta que està referida: y de todo esto no ay solas presunciones, sino prouança concluyente; porque en la de Prospero Vso de Mar, en la 5. pregunta, dizen testigos las diligencias y persuasiones que hizo Iuan de Ayllon para que el dicho Prospero Vso de Mar le hiziera censo de las escrituras de la solicitud, y que se las entregaria, y lo que sobre esto passó: y en la sexta pregunta, del tiempo del otorgamiento del censo, y como se pusieron vnos talegos pequeños de menudos con vnos reales en cima: y en la setima dizen muchos testigos, que acabado de otorgar el censo entregò Ayllon a Prospero las dichas escrituras procedidas de la solicitud, con carta de pago al pie dellas, y le dio del dinero solamente dozientos ducados, y se quedò con todo el demas dinero de los talegos de que se auia hecho presencia para otorgar el censo.

5 ¶ Lo quinto y vltimo cerca deste primer articulo es de aduertir, que con las dichas prouanças, plenaria y sumaria, y demas presunciones põderadas, se prueua bastantemente la simulacion de la escritura de censo: *quia simulatio probatur testibus singularibus*, Franciscus Marcus, decisi. 48. part. 1. & decisi. 184. *Et etiam simulatio ex coniecturis probatur quamuis leuibus*, Parisius, consl. 54. num. 22. lib. 1. & consl. 55. num. 28. eodem lib. Decianus, cõs. 2. lib. 1. Rota Genuensis, decisi. 184. Mascardus, de probationibus, conclusi. 1142. num. 6. cum seqq. Gutierrez, l. nemo potest, num. 402. de legat. 1. Mantic. de contractibus, lib. 13. tit. 35. à num. 9. Tusch. verbo, simulatio, conclusion. 260. & 262. num. 2. 3. &

4. Giurba, decisi.22. â num.9. Valascus, consultat. 71. Farinacio, de falsitate & simulation. quæst.162. num.105. Hieronym. Zeuallos, tom.3. quæst.804. num.17. ibi: *Et probatio simulationis non debet esse ita sufficiens, & concludens sicut reliquæ probationes: quia sufficient coniecturæ verosimiles, ita Paulus, consi.82. Padilla, supra num.11. Gregorius, l. final, tit.11. part.5.* D. Castill. lib.2. cap.25. num.22.

Y en esta conformidad es elegante aquella doctrina de Baldo in l. precibus, C. de impuberum, vbi quod licèt contractus simulatus habeat figuram instrumenti, essentiam tamen non habet, Zeuallos, dict. quęst.804. num.16. Barbosa, in remissionibus Doctorum, lib.4. tit.71. num.6. fol 150. ad §. vnicum, vbi dicit: *Nota quarto contractum simulatum appellari corpus sine spiritu, ex Baldo, quem refert Rebello, dict. quæst.6. sect.1. num.3. in fine, & licèt habeat figuram contractus, non habere essentiam.* Esto es aplicãdolo a nuestro caso, como si dixessemos, que la escritura de censo no tiene essencia de tal, aunque lo suena: y por derecho el contracto que aparentemente aparece en la forma que suena, no se queda con ella, y toma la especie, figura y forma del trato preambulo, y escrituras precedentes de solicitud, y promesas dellas, Gratianus, tom.2. ca.255. num.3. ibi: *Nam qualis est contractus in prima sua figura talis præsumitur in sui essentia.* Et num.13. ibi: *Quod licét ex pacto subsequenti, non inducatur simulatio, tamen ex tractatu præcedenti, & effectu subsecuto rectè probabitur.*

6 ¶ Porque respeto de que estos contractos simulados se hazen ocultamente, qualesquiera cõjeturas se tienen por legitimas prouanças, idē Gratianus, dict. cap.255. nu.4. & 5. & tom.3. cap.586. num.34. & cap.480. num.75. sin que resista el, q̃ como dize el mismo Gratiano dict. cap.255. nu.6. el que la escritura publica se dize prouança prouada, ibi: *Nec facit, quod de scritura publica dicatur noli me*

tangere,

tangere, quasi præsumptio sit pro eius veritate: quia obijciẽdo simulationem nihil oponitur scripturæ, nam scire scripturam non est solam verba, eius legere, sed vim ac potestatem tenere. porque como lo explica el mismo Graciano, y es llano, el que alega y prueua la simulacion, no contradize a la fee grande de la escritura; pues ni se dize ni se opugna que la escritura passasse y se celebrasse, y solo se prueua que el trato fue diferẽte de lo que se enuncia; y esta prouança no es contra la escritura, sed preter scripturam, y assi Auendaño in dictionario, verbo, falsedad, dize, que cõtra el instrumento publico se admite excepcion de simulacion, y esta se prueua con conjeturas, como hemos referido: y dize Graciano, dict. cap. 255. nu. 7. ibi: *Et sicut est vera scriptura Hæsopi & Fulgentij sed non est vera fabula, ita plerumque vera est scriptura, & verum, quod fuit à certa causa, tamen enuntiatio causæ alium sensum habet.* Y de semejante contrato simulado no se siguen efectos verdaderos; ni se transfiere dominio ni possessión, idem Gratianus, cap. 317. nũ. 25. Farinacius, dict. quæst. 162. num. 27. luego con las conjeturas ponderadas; y con el mismo hecho del pleyto, bastante causa hallamos y se descubre para que la escritura de censo, de que se hizo transacion, fuesse simulada; y que aunque sonasse censo, como sonò aparentemente en su essencia y efeto, sea y se tenga por procedido de la primera escritura y promesa de solicitud, tan excessiua, como injusta, y por cuya causa se quiso honestar cõ otorgar el dicho censo.

7 ¶ Vltimamente para conclusion deste articulo no obsta el valerse la parte contraria de dezir, que si Prospero Vso de Mar no deuiera este censo, desde que salió la sentencia en el juyzio criminal huuiera puesto demanda, y pagadole tantos años: *quia diuturnum silentium maximam inducit præsumptionẽ contra tacentem*; cap. causam, qui filij sint legitimi, ibi: *Qui tandiu tacuit*, cap. 1. de frigidis & male ficia-

 tis;

tis, cap. ex possuit, de dilationibus, cap. ex parte 12. vers. Visque dolo, de rescriptis, l. post mortem, ff. de adoptionibus, l. si quis forté, §. 1. ff. de pœnis, l. maximè, ff. de administratione tutorum, ibi: *Periniquum est, cui fortè post vigesimum annum, vel amplius in mentem venit tutellam reposcere, etiam vsuras postulare*, Marco Tulio Ciceron, in oratione pro Plubio Quinto, dicens: *Satis est argumenti, nihil esse debitum Nebio ex eo quod tandiu, nihil petiuit*, Aymon, cons. 65. nu. 8. & cons. 141. num. 9. Casiadoro, decisi. 5. num. 2. vt lite pendente Menochius, lib. 1. quæst. 18. num. 17. & lib. 2. præsumpt. 93. & lib. 6. præsumpt. 8. Morocio, respons. 47. num. 6. & 17. Ondedeus, cons. 19. num 31. volum. 1. Barbosa, l. 1. part. 5. num. 18. in fine, & l. quæ dotis 34. num. 43. eodem tit. que son los lugares que prueuan la conclusion referida, y no vn consejo 281. part. 1. de Paulo de Castro, y sus palabras, que se refieren por el Abogado contrario fol. 10. de su papel, en el principio, sin auerlas en todo el consejo.

8 ¶ Porque a esto se satisfaze con vna palabra, que es, que como consta de la demanda que aora se ha presentado, es incierto dezir que no lo auia pedido, demas que podia hazer lo que dixo el texto en la l. sed si lege, §. consuluit, ff. de petitione hereditatis, ibi: *Qui rem suam se abuti putant non præstabunt.* Y sobre todo esto cayó la transacion, que para ser valida no necessita de que aya pleyto formado, y basta que se espere, l. 2. C. de transactionibus, & quæ latè tradit D. Castillo, lib. 4. cap. 42. num. 42. & 43. cum seqq.

Secundus Articulus.

9 PAra que la transacion que las partes hizieron en treze de Março de 622. dando por extinguido

guido y redimido este censo con mil y cien ducados que recibieron Geronimo de Aylion y su muger, y todos los corridos del hasta el dia de la escritura, sea nula, y la relacion que en ella hazẽ las partes, confessando la demanda que tenia puesta Prospero Vio de Mar, y los derechos y acciones que tenia para tratar de anular el censo por fingido y simulado. Dizen los actores, que en ella huuo dolo, que dio causa al contracto y enormissima lesion en quanto al dolo llano, es por el pleyto, que no ay prouança en que se funde, antes se descubre el dolo euidente de la parte contraria en quanto a la escritura de censo; y deshazer este dolo no se puede llamar dolo que dè causa al contracto, conforme a los ajustados terminos de derecho, y de los textos, en la l. Iulianus 13. in principio, ff. de actionibus empti, l. si dolo, C. de rescindenda venditione, l. 3. §. vltimo, ff. pro socio, l. dolo vel metu, C. de inutilibus stipulationibus, l. & eleganter, ff. de dolo, cum similibus.

10 ¶ Aquel dolo se dize dar causa al contrato quando de otra manera, sino es interuiniendo, no se huuiera de hazer, ni pudiera hazerse; y incidit el dolo en el contrato se dize quando aunque se conociera, el contrato se huuiera de celebrar, & ita resoluunt D. Couarr. regul. possessor, part. 2. §. 6. ad fin. Thomas Sanchez, lib. 1. de matrimonio, disputat. 64. num. 2. Molina, disputat. 352. num. 2. Marius Giurba, part. 1. lucubrationum in consuetudinibus Senatus Messanensis, cap. 1. gloss. 8. nu. 63. fol. mihi 159. ibi: *Dolus autem dat causam contractui, vbi eo secluso, veritateque cognita contrahendum non esset, vt si quis dolo venditoris ductus emat, aliàs non modo empturus, causam vero contractui non dat, sed in eo incidit si adhuc veritate cognita contractus sit celebrandus, vt si emptor venditoris dolo inductus emat, adhuc, tamen secluso dolo empturus, licet fortè non tanti*, & laté Pater Basilius de Leon, tractat. de matrimon. lib. 4. cap. 21. §. vnico,

co, à num. 18. cum seqq. fol. mihi 283. Antonius Faber, de erroribus, decade 1. errore 7.

11 ¶ Luego en nuestro caso mal se aplican doctrinas generales de dezir, que el dolo dio causa al contrato, pues quando confessaramos que le huuiera, siendo assi que Geronimo de Aylon y su muger sabian que remitian el principal de dos mil ducados tan litigiosos por mil que recebian, no se les encubria cosa alguna si se les dixera que recebian dos mil, esto era dolo que diera causa al contracto, si se pretende por dezir que incidio con la enormissima lesion, ex eleganti decisi. 167. de Peguera, num. 6. ibi: *Sic constat transactionem duplici via rescindi posse, aut per dolum re ipsa ex enormissima læsione prouenientem, aut ex dolo aduersarij dantem causam cōtractui.*

12 ¶ Se satisfaze, con que prouado, como ya lo queda, que quando huuiera dolo (que no ay) este no auia dado causa al contracto, porque sabia Geronimo de Aylon lo que se le daua, y caso que supiera que remitia censo verdadero, esta ciencia excluia ser dolo de los que dan causa al contracto; porque en la controuersia que ay sobre conocer la naturaleza deste dolo, in transactionibus, la opinion de los que mas se inclinan contra ellas, ex hoc remedio, es, que siendo la lesion alguna cantidad mas que la mitad de la justa y comun estimacion del derecho cierto y verdadero que tenia la parte lesa antes que hiziesse la transacion, considerado el verdadero valor de la cosa sobre que se litigaua, y el dubio euento del pleyto, la transacion su sustente, y no se rescinda, porque esta lesion solamēte presupone dolo, re ipsa, que no es bastante para la rescision: pero si la lesion fuesse tan grande que excediesse, no solo de la mitad, sino del quadruplo, en tal caso la transacion se rescinda por el dolo y maquinacion ex proposito que se presume de tan excessiua lesion, ita post antiquiores tan exteros,

quam

quam Hispanos, distinguit Dom. Molin. de maiorat. lib. 4. cap. 9. num. 36. & alij infra citandi. Y cõsiderado el pleyto, y el dubio euento, tenia mucho menos estimacion, porque se litigaua justamente sobre que se diesse por ninguno, con tan justos fundamentos, y asi como quiera que la transacion se considere, està muy libre y agena de dolo ex proposito, y sin el, ex communi omnium sententia, no se puede rescindir.

La lesion que se pretende tampoco la ay, ni se puede oponer contra la transacion, ex eleganti textu in l. Lutius Titius 78. §. hæres ad Trebelianũ, ibi: *Respondi secundum ea, quæ proponerentur si non transatum esset posse*, text. in l. non minorem, C. de transactionibus, & in l. si quis maior 41. eodem tit. l. 34. tit. 14. partit. 5. ibi: *E quanto quier que montasse aquella parte que quitasse el demandador, no lo podria despues demandar*, & ibi Dom. Gregor. gloss. 2. versic. *Tene ergo menti*, dict. l. partit. quę tollit dictas opiniones Matienç. in l. 1. tit. 11. gloss. 8. num. 33. & num. 55. dicens: *Esse textum expressum in dict. l. atque ideò in regno nostro seruandum*, Padill. in l. 2. C, de rescind. vend. num. 23. Gutierr. quæst. 141. num. 4. circa finem, lib. 1. y que semejantes leyes y estatutos en fauor de las transaciones, para que los pleytos se acabẽ, sean de grande vtilidad, testatur Antonius Faber, dicta decade 1. errore 7. & decade 8. errore 10. Fachineus, lib. 2. controuersiarum, cap. 22. & cap. 26.

13 ¶ Demas que en nuestro caso quando dixessemos que se podia tratar de que la transacion se anulasse por enormissima lesion y prouança della, y que esta sea verdadera resolucion, Azeued. l. 4. tit. 21. lib. 4. nu. 133. Dom. Molin. d. lib. 4. cap. 9. nu. 36. Gutierrez, d. lib. 2. practicarum, quęst. 141. Zeuallos, tom. 1. quæst. 89. num. 6. Morla, part. 1. titu. de transactionibus, quæst. 2. num. 12. & 13. Franchis, decisi. 159. Surdus, cons. 451. num. 9. Riccius, collect. 81. & 1447. & 1807. Mantica, de contracti-

tractibus, lib.26. tit. 9. Barbosa, in remisionibus, lib.4. tit.13 §.6. num.6. fol.29. Linglois, in decisi. Iustiniani, decisi.2. quæst. 4. num. 3. Fusarius, de substitutionibus, quæst.562. no ay esta tal prouança de lesion, porque en la enormissima, conforme a la computacion practicada y seguida en las Chancillerias, *para que interuenga ha de ser la lesion en tres partes de quatro, o por lo menos en dos partes de tres*, Gribel. decisi.dolana 80.num.1. illic: *Quod ei qui enormissimè læsus est, ideft, vt communiter dicere solemus vltra tres partes ex quatuor, &c.* Y en la decision 20. el mismo Gribelo, num. 20. ibi: *Læsionem enormissimam arbitrantur eam esse, quæ est vltra tres ex quatuor partibus.* Y dexando la resolucion del señor Presidente Couarrubias, 2. variar, cap.4. numer. 5. y de otros, que esta prouança de enormissima lesion la dexaron al arbitrio del Iuez, idem Couarr. 1. resolut. cap.3. num.11. Caldas, l.si curatorem, gloss. verbo, læsis, num.1. Scaccia, de appellationibus, quæst.19. conclusi.2. remed.2. num.16. Fabro, titu. de rescindenda, diffinit.13. Valascus, de partitionibus, cap.39. num.57. Linglois, decisi.2. quæst.1. num.16. Franciscus Molino, de ritu nuptiarum, lib.3. quæst. 96. num.46. D. D. Ioannes del Castillo, lib. 3. cap. 2. num.15. este arbitrio ha de ser conforme a las conputaciones referidas; Marius Giurba, decisi.110. num.4. ibi: *Eamque læsionem arbitrari debet iudex ex vno saniori de illis modis, quos varios ponunt Doctores nõ autem, vt sibi videbitur, & indistinctè ex ipsius arbitrio:* y Gratiano, cap.148. num.23. & 24. dize, que no se practica dexarse esto al albedrio del Iuez; y lo que en las Chancillerias vemos practicado, es auer de ser la lesion para prouança de enormissima, dos partes por lo menos de tres, por la resolucion de Gregorio Lopez in l.56. gloss. verbo, mayor de catorze años, tit.5. partit.5. Scobar, computation.6. num.12.

14 ¶ Pues tunc sic, de qualquiera manera que

se ha-

se haga el computo no puede auer en nuestro caso enormissima lesion, pues lo remitido fueron dos mil ducados de vn censo, pagados todos los corridos dados para otorgarse esta redencion 1U100. ducados, que quando dixessemos que el año de 22. tuuiesse estimacion alguna el trueco de la plata, que no tenia ni el censo condicion de redimir en plata, como es de creer la tuuiera sino fuera simulado, y el computo del valor de los truecos se hiziera a razon de quatro reales por ciento, que ni aun a dos valia el año de veynte y dos, esto montaua ochenta ducados, quedauan mil y veynte, que es mas de la mitad: luego no puede auer enormissima lesion, pero ni aun enorme, respeto de ser esta como vna permutacion, vt eleganter considerat Ioann. Gut. lib. 2. pract. quęst. 139.

15 ¶ A esto se llega, que demas de los mil y cien ducados que esta parte dio, remitio derechos tan considerables, y de tan grande importancia como el pleyto pendiente sobre la nulidad, simulacion y vsura del censo, que todo esto deue tener su cõsideracion para la prouança de la enormissima, *nõ enim debet fieri simpliciter consideratio, sed etiam inspecto dubio litis euentu*, Pinel. l. 2. part. 1. cap. 4. num. 11. C. de rescindenda venditione, Crabeta, cõs. 151. col. 3. D. Molina, lib. 4. cap. 9. nu. 34. alter Molina, tom. 2. disputat. 577. Ramon, cons. 42. nu. 54. & cons. 62. num. 32.

16 ¶ Y por la dificultad que tiene ajustarse prouança en este caso, por el dubio euento del pleyto transigido, dize Antonio Fabro, de erroribus pragmaticorum, & interpretum iuris, decade 8. dicto errore 10. que es necessario que sean testigos de semejante lesion los Iurisconsultos, folio mihi 187. ibi: *Quid obsecro dici potest huiusmodi læsione incertius, aut quis vnquam audit facti probationem ex iure petendam esse, aut arbitrio iudicis committendam, ex facto siquidem ius oritur non factum ex iure*, Ramon, dict. cons. 42. num. 56. ibi: *Quinimo cum testes debent esse valde periti, qui*

qui deponant super dubio litis euentu: quia cum deponant de eo, quod sensu non percipiunt, sed intellectu magis videntur iudicare, quam testificare, difficilis est facere probationem per testes super dicto dubio euentu, Petra, de fideicommissis, quæst. 8. num. 80. vbi dicit esse impossibile talem fieri probationem, Antonius Faber, decade 8. errore 10. vbi ait: Quod ab eorum sepulchris euocandi essent scobala, aut Papinianus, qui existimarent an inspectu dubio litis euentu vtiliter, vel non pars transegerit.

17 ¶ Luego es legitima consequencia, que no tiene aquella parte prouada lesion, ni enorme, que no basta, ni enormissima; que quando se admita no la ay con solos los mil y cien ducados que recibio, y mucho menos con la consideracion del dubio euento del pleyto, y particularmente, porque de la manera que el censo se puede constituyr transactione legitima, latissimè Auendaños, de censibus, cap. 42. assi tambien redimirse y extinguirse por transacion, per text. in cap. 1. de regulis iuris in decretalibus, *nam omnis res per quascumque causas nascitur per easdem dissoluitur.* Y aun mas dificultad tenia el constituyrse por transacion, porque la creacion del censo no puede ser por menos precio que el tassado por la ley, y venderse el ya constitudo por menos precio que el justo, es licito, per textum in l. circa l. ff. ad l. falcidiam, vt latè resoluit Cenedo, Canon. quæst. quæstion. 7. per totam, Rodriguez, lib. 1. de redditibus, quæstion. 7. Auendaños, de censibus, cap. 34. Phebus, decisi. 7. Marius Giurba, decision. 117. á num. 8. cum seqq. & num. 13. *que procede esto sin dificultad quando el censo que se vende està litigioso ó dudoso en la constitucion ó hipotecas* (como en nuestro caso.) Y assi parece que se deue declarar en fauor desta parte, absoluiendole de la demanda puesta por la contraria: maximè, que en duda siempre se ha de declarar en fauor de la transacion, Veroyus, cons. 176. num. 15. Roland. cons. 28. num. 10. volum. 4. Surd. cons. 451. num. 20. volum. 2. Salua, &c.

n.º 15.

n.º 16.

El Licenciado don Juan Perez de Lara.